



**Informe 9/2011, de 27 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente)**

**Asunto: Posible concurrencia de una causa de prohibición de contratar de una fundación por el hecho de estar presidida por cargos electivos de entidades locales, o que éstos formen parte del órgano de administración de la fundación, en representación de la entidad local correspondiente.**

**ANTECEDENTES**

I. El alcalde presidente del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con determinadas cuestiones que se plantean respecto de la interpretación del artículo 49.1.f de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en el caso de las fundaciones del sector público. En concreto, el escrito de consulta plantea la cuestión siguiente:

*"Si de acuerdo con lo que establece el artículo 49.1.f) de la LCSP, existe causa de incompatibilidad para qué un Ayuntamiento contrate con una fundación privada del sector público presidida, en representación del Ayuntamiento, por el propio Alcalde, al ostentar la entidad local la condición de fundadora, junto con otras personas públicas y privadas, y haber aportado el 90% de su dotación fundacional?"*

II. El escrito de consulta adjunta, de acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, de la Comisión Permanente de esta Junta Consultiva, el Informe de la secretaria general del Ayuntamiento en el cual se analiza la posibilidad de que una determinada fundación pueda recibir encargos de gestión por parte del Ayuntamiento, así como la posibilidad de que esta fundación pueda contribuir a licitaciones convocadas por el Ayuntamiento.

Con respecto a la cuestión objeto del presente Informe, y teniendo en cuenta la conclusión a que llegó esta Junta Consultiva en el Informe 13/2010, de 26 de noviembre<sup>1</sup>, el Informe de la secretaria general concluye que: *"operaría, en principio, el régimen de incompatibilidades previsto, tanto en la LCSP como en la LGS, ya que tanto el Presidente de la Fundación, como algunos miembros de su Patronato, tienen la condición de miembros electos"*.

No obstante, dado que el supuesto que se plantea al Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat es diferente al que dio lugar al Informe 13/2010 mencionado, y a la vista de los pronunciamientos de otros órganos consultivos, el Informe de la secretaria general también aconseja plantear la cuestión a esta Junta Consultiva.

---

<sup>1</sup> En este Informe se concluye que la prohibición de contratar establecida en el artículo 49.1.f de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, es de aplicación a una fundación presidida o de la cual forme parte como miembro del patronato un cargo electo municipal cuando aquélla pretenda ser adjudicataria de contratos financiados totalmente o parcialmente por la corporación local con la cual están vinculados.



III. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. La normativa sobre contratación pública, tradicionalmente, ha exigido que las personas naturales o jurídicas que quieran contratar con la administración y con su sector público tengan plena capacidad de obrar, dispongan de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, y no estén incurso en una prohibición de contratar. Actualmente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (de ahora en adelante, LCSP), contiene esta exigencia en el artículo 43.

Las prohibiciones de contratar se encuentran actualmente reguladas en el artículo 49 de la LCSP y, en concreto, el apartado 1.f, al cual se refiere el escrito de consulta, dispone textualmente que no pueden contratar con el sector público las personas en qué se dé la circunstancia siguiente:

*"Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma."*

Esta causa de prohibición de contratar, como ya ha manifestado en diversas ocasiones esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>2</sup>, no contiene una regulación material concreta y específica de las causas que inhabilitan para contratar con el sector público, sino que remite a la legislación sustantiva incluida en diferentes normas jurídicas, como es, por lo que respecta al supuesto objeto de consulta, la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (de ahora en adelante, LOREG).

---

<sup>2</sup> Entre otros, Informes 13/2010, de 26 de noviembre, sobre la concurrencia de una posible causa de prohibición de contratar de los cargos electos de las corporaciones municipales por el hecho de ser presidentes o vocales de una fundación; 6/2009, de 3 de julio, sobre la prohibición para contratar de una empresa participada por un exconcejal de una entidad municipal; 1/2009, de 28 de mayo, sobre la incompatibilidad de una empresa, cuyo administrador es concejal de un ayuntamiento, para ser subcontratista de un contrato licitado por este ayuntamiento; y 9/2000, de 24 de noviembre, sobre la incompatibilidad de contratación del cónyuge de un concejal.



En este sentido, hay que señalar que, a pesar de la dicción literal del artículo 49.1.f de la LCSP, que establece la imposibilidad de contratar con el sector público a las personas jurídicas cuyos administradores sean cualquiera de los cargos electivos de la LOREG, la remisión contenida al final de este precepto a los "términos establecidos en la misma" hace entender que se deberá tener en cuenta el régimen de incompatibilidades previsto en la LOREG para los cargos electivos, para determinar si su participación en los órganos de administración de las personas jurídicas hace incurrir a éstas en prohibición de contratar<sup>3</sup>.

Así, hay que tener en cuenta el régimen de incompatibilidades previsto para los concejales en el artículo 178 de la LOREG. Este precepto dispone, a efectos de la cuestión que se analiza, que son incompatibles con la condición de concejal *"los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes"* (apartado 2, letra f).

II. Tal como se señala en el escrito de consulta y en el Informe de la secretaria que se adjunta, esta Junta Consultiva analizó, en el Informe 13/2010, de 26 de noviembre, que ya se ha mencionado antes, la cuestión relativa a si la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 49.1.f de la LCSP resultaba de aplicación a las fundaciones presididas por cargos electivos municipales o de la cual formaran parte como miembros del patronato los cargos mencionados.

Así, en este Informe se determinó que el patronato es el órgano que ejerce las funciones de administración y se determinó que, en el supuesto que se planteaba, la participación a título personal de cargos electivos en este órgano hacía concurrir a la fundación en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 49.1.f de la LCSP. Se debe tener en cuenta que en este Informe no se planteó ni, por lo tanto, analizó la cuestión relativa a si también resultaba de aplicación esta causa de prohibición de contratar al supuesto en que la presidencia del cargo electivo o su participación en el patronato de la fundación lo fuera en representación de la entidad local de la cual es miembro electivo -y no a título personal.

En este sentido, el Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat plantea ahora si la conclusión a la cual llegó esta Junta Consultiva en el Informe 13/2010 resulta también de aplicación al supuesto en qué el cargo electivo de la corporación local forme parte del patronato de una fundación, como presidente o como miembro, en representación de esta corporación.

En definitiva, la cuestión a la cual hay que dar respuesta, una vez hemos llegado a este punto, es la relativa a si la causa de incompatibilidad prevista en el artículo 178.2.f de la LOREG debe entenderse circunscrita al ámbito personal del cargo electivo, es decir, referida sólo a los supuestos en qué los cargos electivos formen parte de los órganos de administración de las personas jurídicas a título individual y no en razón del cargo.

---

<sup>3</sup> Así lo ha considerado también, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros, en el Informe 16/92, de 24 de julio, al cual alude el escrito de consulta, que concluye afirmando que la remisión a la LOREG tiene que entenderse efectuada a la regulación de incompatibilidades contenida en la mencionada Ley orgánica.



Para dar respuesta a esta cuestión, hay que tener en cuenta que la finalidad perseguida, tanto por la regulación de causas de incompatibilidad, como por la de la prohibición de contratar que recoge estas causas, es evitar el conflicto de intereses que se da cuando un cargo electivo que representa intereses públicos quiere contratar, como persona física o por la vía de su participación a título personal en una persona jurídica, con la corporación local de la cual es miembro<sup>4</sup>.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de mayo de 2004, entre otras, en la cual afirma que la prohibición de contratar que ahora se analiza *"se fundamenta en razones de 'moralidad pública' para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento al cual pertenece como concejal y los propios o privados (...)"*.

Así, tal como ya se señaló en el Informe 13/2010, de 26 de noviembre, mencionado, recogiendo los argumentos contenidos en ésta y en otra sentencia del Tribunal Supremo, la prohibición de contratar por incompatibilidad se establece para evitar, por una parte, que se produzcan situaciones en qué existen intereses contrapuestos o conflictos de intereses y, por otra parte, que un determinado cargo se pueda aprovechar de su situación para obtener la adjudicación de un contrato.

En este orden de consideraciones, debe entenderse que en el supuesto que un cargo electivo actúe en representación de la entidad local de la cual es miembro, sus intereses se corresponden con los de la entidad local mencionada, de manera que no se pondría en riesgo la finalidad que se persigue con las medidas legalmente establecidas, vista la ausencia de conflicto de intereses.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado hace esta misma interpretación en el Informe 16/92, de 24 de julio, que ya se ha mencionado y al cual se alude en el escrito de consulta, al concluir que el régimen de incompatibilidades para los cargos electivos de las entidades locales es el que hay en la LOREG *"sin que se pueda extender a sociedades de capital municipal, total o parcial, de las cuales formen parte, en razón de sus cargos, los propios concejales"*.

Además, hay que recordar la incongruencia, puesta de manifiesto por otras juntas consultivas, que implicaría entender que la legislación, por una parte, prevea y posibilite la participación de cargos electivos en los órganos de administración de personas jurídicas en representación de las administraciones públicas respectivas y, por otra parte, prohíba en estos casos la participación de estas personas jurídicas en las contrataciones –cuando, además, como ya se ha dicho, no concurre el conflicto de intereses que la prohibición de contratar pretende evitar.

---

<sup>4</sup> También las juntas consultivas de contratación administrativa de Galicia (en el Informe de 3/2009, de 25 de junio, sobre la prohibición de contratar de consejeros de corporaciones locales); de Aragón (en el Informe 9/08, de 31 de marzo de 2009, sobre "Prohibiciones de contratar. Extensión de la prohibición del artículo 49.1.f de la Ley de contrataciones del sector público a las personas jurídicas. Especial referencia a los consejos insulares"); y del Estado (en el Informe 20/96, de 30 de mayo, entre otros), destacan que ésta es la finalidad de los regímenes de incompatibilidades y de las prohibiciones de contratar a las cuales hacen referencia.



Sin embargo, también hace falta tener en cuenta que la causa de prohibición de contratar que hace referencia a los regímenes de incompatibilidades de altos cargos, de personal al servicio de las administraciones públicas y de cargos electivos tiene como finalidad, además de la necesidad de evitar conflictos de intereses que ya se ha señalado, alejar el riesgo de falta de objetividad en la adjudicación de los contratos públicos, así como preservar la neutralidad, la libre concurrencia y competencia, la igualdad de oportunidades y la objetividad y la legalidad en la actuación de la administración<sup>5</sup>.

En relación con esta finalidad, hay que constatar que, ciertamente, permitir que cargos electivos que sean o formen parte de un órgano de contratación formen parte también, al mismo tiempo, del órgano de administración de una persona jurídica puede, en ocasiones, no alejar el riesgo de falta de objetividad en la adjudicación de los contratos que la prohibición de contratar pretendía, si esta persona jurídica participa en la licitación convocada por aquel órgano de contratación.

III. Además, hay que mencionar los regímenes de incompatibilidades de los altos cargos y del personal al servicio de las administraciones públicas<sup>6</sup> -aunque no resulten de aplicación a los cargos electivos de las entidades locales-, ya que pueden servir como elemento interpretativo del alcance de las incompatibilidades determinantes de las prohibiciones de contratar, ya que responden a la misma finalidad, es decir, evitar situaciones de conflictos de intereses<sup>7</sup>.

Así, hay que señalar que las disposiciones reguladoras de los regímenes de incompatibilidades mencionados distinguen entre actividades públicas y actividades privadas para determinar la posible compatibilidad en el ejercicio de determinadas actividades e incluyen, como actividad pública compatible, la participación en representación del sector público en órganos colegiados, en consejos de administración o en órganos de gobierno de organismos, entidades, empresas públicas o privadas.

Justamente en estos casos se establece la compatibilidad de estas actividades porque la participación se lleva a cabo en representación del sector público y, por lo tanto, se da concurrencia de intereses -ya que los intereses de quien ejerce una actividad pública participante en representación del sector público son los propios de la entidad en

<sup>5</sup> Así lo ha considerado también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en el Informe 9/08, de 31 de marzo, que ya se ha citado.

<sup>6</sup> Estos regímenes están establecidos, en el ámbito estatal, en las leyes 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, y 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. En el ámbito de Cataluña, se recogen en las leyes 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalitat, y 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat.

<sup>7</sup> El artículo 1 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, que ya se ha mencionado antes, dispone expresamente que el régimen de incompatibilidades que prevé se establece con esta finalidad.



representación de la cual actúa-, lo cual también sucede cuando quién participa en órganos colegiados, en consejos de administración o en órganos de gobierno de personas jurídicas en representación de las entidades locales son los cargos electivos respectivos.

En cambio, cuándo esta participación se considera como ejercicio de una actividad privada, porque no se hace en representación del sector público -es decir, se actúa en nombre propio o en nombre y representación de uno tercero, de manera que los intereses de quien participa pueden ser diferentes o, incluso, contrapuestos a los del sector público-, se impide la compatibilidad con el ejercicio de alto cargo, así como también de personal al servicio de las administraciones públicas, respecto del cual la normativa aplicable establece, expresamente y entre otras, la imposibilidad de desarrollar cargos de todo tipo en empresas o en sociedades concesionarias, contratistas de obras, de servicios o de suministros, sea cuál sea su configuración jurídica.

En definitiva, se puede concluir que no se da la incompatibilidad recogida en el artículo 178 de la LOREG ni, por lo tanto, concurre la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 49.1.f de la LCSP, por el hecho de que un concejal participe, en órganos colegiados, en consejos de administración o en órganos de gobierno de personas jurídicas, si lo hace en nombre y representación de la entidad local de la cual es cargo electivo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

La prohibición de contratar, establecida en el artículo 49.1.f de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratas del sector público, no es de aplicación a una fundación presidida o de la cual forma parte como miembro del patronato un cargo electivo municipal, cuando esta participación se da en representación de la entidad local respectiva.

**Barcelona, 27 de octubre de 2011**